

LUIGI FERRAJOLI

DIREITO E RAZÃO

Teoria do Garantismo Penal

4.^a edição revista

Tradutores

Ana Paula Zomer Sica • Fauzi Hassan Choukr
• Juarez Tavares • Luiz Flávio Gomes

Colaboradores

Alexis Couto de Brito • Alice Bianchini
• Evandro Fernandes de Pontes • Fernanda Lara Tórtima
• José Antonio Siqueira Pontes • Lauren Paoletti Stefanini

Prefácio: Norberto Bobbio

THOMSON REUTERS

**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**

STJ00097536
DIREITO E RAZÃO
Teoria do Garantismo Penal

Luigi Ferrajoli

Prefácio à 1.ª edição italiana

NORBERTO BOBBIO

Texto original desta tradução: *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*, de Luigi Ferrajoli. 6. ed. Roma: Laterza, 2000.

Tradutores ANA PAULA ZOMER SICA / FAUZI HASSAN CHOUKR / JUAREZ TAVARES / LUIZ FLÁVIO GOMES

Colaboradores ALEXIS COUTO DE BRITO / ALICE BIANCHINI / EVANDRO FERNANDES DE PONTES / FERNANDA LARA TÓRTIMA / JOSÉ ANTONIO SIQUEIRA PONTES / LAUREN PAOLETTI STEFANINI

4.ª edição revista

1.ª edição: set. 2002; 2.ª edição: ago 2006; 3.ª edição: 2010

© desta edição
[2014]

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

Diretora responsável
GISELLE TAPAI

Visite nosso site
www.rt.com.br

SERVIÇO DE ATENDIMENTO AO CONSUMIDOR
(ligação gratuita, de segunda a sexta-feira, das 8 às 17 horas)

Tel. 0800-702-2433

e-mail de atendimento ao consumidor
sac@rt.com.br

Rua do Bosque, 820 – Barra Funda
Tel. 11 3613-8400 – Fax 11 3613-8450
CEP 01136-000 – São Paulo – SP – Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfilmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos, do Código Penal), com pena de prisão e multa, conjuntamente com busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

Impresso no Brasil [10- 2013]

Universitário complementar

Fechamento desta edição [31.09.2013]



ISBN 978-85-203-5031-7

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO À 1.ª EDIÇÃO BRASILEIRA	5
PREFÁCIO À 1.ª EDIÇÃO ITALIANA – NORBERTO BOBBIO	7
INTRODUÇÃO	15

PRIMEIRA PARTE EPISTEMOLOGIA. A RAZÃO NO DIREITO PENAL

I. COGNITIVISMO OU DECISIONISMO	37
1. <i>O modelo garantista</i>	37
1. A epistemologia garantista	37
2. Convencionalismo penal e legalidade estrita	38
3. Cognitivismo processual e estrita jurisdicionariade	40
4. Garantismo e utopia liberal. Quatro dimensões do poder judicial	42
2. <i>Os modelos autoritários</i>	44
1. A epistemologia inquisitiva	44
2. Substancialismo penal e cognitivismo ético	44
3. Decisionismo processual e subjetivismo inquisitivo	46
4. A alternativa entre verdade formal e verdade substancial	47
3. <i>O problema da verdade processual</i>	48
1. O juízo penal como saber-poder. Garantismo e verdade	48
2. A concepção semântica da verdade processual como “correspondência”. Verdade fática e verdade jurídica	50
3. A verdade processual como verdade aproximativa	52
4. <i>Os limites da verdade processual</i>	54
1. A indução fática e a verdade provável da conclusão	54
2. A dedução jurídica e a verdade opinativa das premissas	56
3. A subjetividade específica do conhecimento judicial	58
4. O método legal da comprovação processual	61
5. <i>A decidibilidade da verdade processual</i>	63
1. Iluministas iludidos e iluministas desiludidos	63

2. Três silogismos judiciais: indução, dedução e disposição. Significado e critérios de verdade	65
3. Modelos de justificação no direito. A legitimação cognitivista da jurisdição	68
4. O problema do garantismo penal	70
II. MODELOS DE DIREITO PENAL	89
6. <i>As garantias penais e processuais</i>	89
1. Princípios e modelos de direito penal	89
2. Dez axiomas do garantismo penal: o sistema garantista SG	91
3. O princípio da legalidade estrita: um modelo regulador	92
7. <i>Para uma tipologia dos sistemas punitivos</i>	95
1. Graus do garantismo	95
2. Modelos de processo penal autoritário	96
3. Modelos de direito penal autoritário	97
4. Modelos punitivos irracionais	99
8. <i>Direito penal mínimo e direito penal máximo</i>	101
1. Direito penal mínimo e racionalismo jurídico; direito penal máximo e irracionalismo jurídico	101
2. Dois modelos de certeza relativa	103
3. A dúvida: incerteza de fato e incerteza de direito	105
III. O PODER PUNITIVO ENTRE VERIFICAÇÃO E VALORAÇÃO	113
9. <i>A interpretação. O poder de denotação e as garantias penais</i>	113
1. Significado e verificabilidade	113
2. Verificabilidade jurídica e denotação legal; a legalidade estrita e a semântica da linguagem legislativa	116
3. Verificabilidade fática e denotação jurisdicional: a estrita jurisdicionalidade e a semântica da linguagem judicial	119
4. A dedução jurídica e a heterointegração da linguagem penal	121
10. <i>A prova, o poder de verificação e as garantias processuais</i>	124
1. Verificação e indução fática	124
2. Provas e indícios. Confiabilidade subjetiva e relevância objetiva	125
3. A justificação da indução como dedução mascarada. As provas legais ...	127
4. A superação moderna das provas legais e o princípio potestativo da livre convicção	131
5. O esquema nomológico-dedutivo da explicação causal	135
6. A estrutura lógica da prova: confirmação por <i>modus ponens</i> e refutação por <i>modus tollens</i>	137
7. As garantias processuais: necessidade da prova, possibilidade da refutação e convicção justificada	141

8. O ônus da prova, o contraditório, a motivação	145
11. <i>A equidade. O poder de conotação e o favor rei</i>	148
1. A contraposição corrente entre legalidade e equidade	148
2. Uma noção semântica da equidade: legalidade como denotação e equidade como conotação. Língua e linguagem penal	150
3. Princípio da legalidade e princípio da equidade como regras semânticas da linguagem penal. Os elementos constitutivos e as circunstâncias do delito	152
4. Os equívocos do formalismo e do antiformalismo. <i>Juris-dictio</i> e <i>juris-prudentia</i>	155
5. O <i>favor rei</i> : compreensão equitativa, valoração simpatética e gradação das penas	156
12. <i>A discricionariedade. O poder de disposição e os princípios gerais</i>	158
1. Verdade indeterminada e arbítrio dispositivo. O poder judicial de disposição	158
2. O problema do caráter político da função judicial. A ilegitimidade do poder de disposição	161
3. Os princípios gerais do direito como critérios de orientação do poder de disposição	164
4. Programa de uma filosofia analítica do garantismo penal	166

SEGUNDA PARTE

AXIOLOGIA.

AS RAZÕES DO DIREITO PENAL

IV. OS FUNDAMENTOS DO DIREITO PENAL	195
13. <i>Custos e objetivos do direito penal</i>	195
1. Os custos da justiça e da injustiça	195
2. Doze questões em tema de justificação	197
3. Doutrinas de justificação, modelos axiológicos e modelos históricos de direito penal	198
14. <i>Justificação externa e legitimação interna</i>	199
1. Ponto de vista normativo externo e ponto de vista normativo interno: justiça e validade	199
2. Dois filões históricos da cultura penalista: a separação e a confusão entre direito e moral	200
3. As vias do substancialismo	202
15. <i>A separação iluminista entre direito e moral</i>	204
1. A transformação iluminista de direito e moral em universos laicos na origem do Estado de direito moderno	204

2. Três teses teóricas em tema de separação entre direito e moral. O formalismo jurídico.....	205
3. Três teses axiológicas em tema de separação entre direito e moral. O utilitarismo jurídico	207
16. <i>A confusão pós-iluminista entre direito e moral</i>	210
1. O “paradoxo hobbesiano” e a fundação jusnaturalista do Estado de direito enquanto sistema positivo.....	210
2. A regressão ideológica da cultura jurídica do século XIX. O substancialismo jurídico.....	212
3. A renúncia técnico-jurídica ao ponto de vista externo. O formalismo ético	214
17. <i>Se, porque, quando e como punir, proibir e julgar</i>	216
1. Os fundamentos filosóficos do garantismo penal. Análise de um problema	216
2. O ponto de vista externo da filosofia do direito e os seus reflexos internos	217
3. Modelos de justiça e modelos de legalidade	220
V. SE E POR QUE PUNIR, PROIBIR, JULGAR. AS IDEOLOGIAS PENAIS.....	230
18. <i>As doutrinas abolicionistas</i>	230
1. Justificacionismo e abolicionismo penal	230
2. O abolicionismo radical de Stirner e o abolicionismo holístico anárquico e pós-marxista.....	232
3. Duas perspectivas abolicionistas: a sociedade selvagem e a sociedade disciplinar. O valor metodológico das hipóteses abolicionistas	234
19. <i>As justificações retributivistas</i>	235
1. Tipologia das doutrinas de justificação. Justificações absolutas ou <i>quia peccatum</i> e relativas ou <i>ne peccetur</i>	235
2. Os esquemas religiosos da vingança e da expiação e aquele mágico da troca. Kant e a retribuição ética, Hegel e a retribuição jurídica.....	236
3. Equívocos teóricos e opções autoritárias nas doutrinas retributivistas.....	238
20. <i>As justificações utilitaristas</i>	240
1. O utilitarismo jurídico e a doutrina iluminista dos limites do poder punitivo do Estado.....	240
2. Ambivalência do utilitarismo jurídico: o objetivo da máxima segurança e aquele da mínima aflição	242
3. Prevenção geral e prevenção especial. Prevenção positiva e prevenção negativa.....	244
21. <i>A prevenção especial: correção ou eliminação</i>	246
1. Corrigíveis e incorrigíveis.....	246

2. As doutrinas pedagógicas da emenda: a <i>poena medicinalis</i> na tradição católica e naquela idealista	247
3. As doutrinas terapêuticas da defesa social: a Escola Positiva italiana e o modelo soviético	248
4. O programa de Marburgo, a <i>new penology</i> americana e o projeto ressocializante da diferenciação das penas	249
5. A ideia não liberal do delito como patologia e da pena como tratamento ...	251
6. As instituições correccionais posteriores à metade do século XIX	254
22. A prevenção geral: integração ou intimidação	255
1. Prevenção geral positiva por meio da integração	255
2. A formulação iluminista da finalidade da prevenção geral negativa. A pena exemplar: Grócio, Hobbes, Locke, Beccaria, Filangieri e Bentham	257
3. A prevenção geral negativa por meio da ameaça legal: Feuerbach, Romagnosi e Schopenhauer	258
4. Os êxitos autoritários das doutrinas da prevenção geral negativa	259
VI. O OBJETIVO E OS LIMITES DO DIREITO PENAL. UM UTILITARISMO PENAL REFORMADO ...	298
23. O estatuto metateórico da justificação	298
1. Doutrinas, teorias e ideologias da pena	298
2. Doutrinas de justificação e justificações	301
3. As condições metaéticas da justificação. A justificação <i>a posteriori</i>	303
4. Abolicionismo ideológico e justificacionismo ideológico	305
24. O direito penal mínimo. Os dois objetivos do direito penal	308
1. A prevenção dos delitos e a prevenção das penas informais	308
2. O direito penal mínimo enquanto técnica de tutela dos direitos fundamentais. A lei do mais fraco	311
3. Um novo modelo de justificação	312
25. Justificação e garantismo	314
1. O direito penal e suas alternativas: sociedade selvagem, Estado selvagem, sociedade disciplinar e Estado disciplinar	314
2. Práxis abolicionistas e utopia garantista	317
3. Justificações condicionais, condições de justificação e garantias. Garantismo e deslegitimação	319
TERCEIRA PARTE	
TEORIA.	
AS RAZÕES DO DIREITO PENAL	
VII. A PENA. QUANDO E COMO PUNIR	325
26. A estrutura normativa do Estado de direito	325

1. Justificação externa (ou política) e legitimação interna (ou jurídica) no Estado de direito	325
2. A positivação constitucional dos “direitos naturais”. Ser e dever ser <i>do</i> e <i>no</i> direito moderno.....	326
3. Legitimidade, validade, vigência e efetividade no Estado constitucional de direito. Redefinições.....	329
4. Os níveis normativos. Incorporação limitativa e incorporação potestativa	333
5. A deslegitimação jurídica: invalidade e ineficácia. As garantias	336
27. <i>Quando punir? O princípio da retribuição penal</i>	338
1. A pena como sanção <i>post delictum</i>	338
2. Concepções formalistas e concepções substancialistas do princípio retributivo: pena <i>quia prohibitum</i> e pena <i>quia peccatum</i>	340
3. Critérios de validade e critérios de justiça.....	342
28. <i>O princípio da legalidade penal</i>	343
1. A definição teórica de “delito”. O princípio da mera legalidade e o primeiro postulado do positivismo jurídico.....	343
2. A definição legal de “delito”. O princípio da estrita legalidade e o segundo postulado do positivismo jurídico.....	345
3. Legalidade ampla e legalidade estrita. Legitimação formal e legitimação material.....	348
4. A irretroatividade das leis penais e a proibição da analogia	351
5. As vicissitudes do princípio de legalidade. Codificações e descodificações.....	352
29. <i>Como punir? Os princípios da necessidade e da humanidade das penas</i>	355
1. Quais penas? As penas ferozes: pena de morte e penas corporais.....	355
2. O talião e a ideia de uma correspondência natural entre pena e delito...	356
3. As penas modernas como privações: penas privativas de liberdade e penas pecuniárias	358
4. O princípio da pena mínima necessária e o de respeito à pessoa	362
30. <i>Os princípios da proporcionalidade, da equidade e da certeza das penas</i>	366
1. Que quantidade de pena? A medida da pena e o princípio da proporcionalidade	366
2. A predeterminação legal da pena. A escala de penas e os limites máximos e mínimos	367
3. A determinação judicial da pena. O cálculo penal e o princípio de equidade	370
4. A determinação da pena na fase executiva e o princípio de certeza.....	373
31. <i>Uma alternativa às penas privativas de liberdade e às pecuniárias</i>	377
1. Crise do atual sistema de penas e perspectivas de reforma	377

2. Pela abolição da pena carcerária	378
3. Pela redução das penas privativas de liberdade. O limite máximo de dez anos.....	381
4. Pela abolição das penas pecuniárias e pela reforma das penas privativas de direitos	382
5. Um sistema de penas alternativas.....	385
VIII. O DELITO. QUANDO E COMO PROIBIR	421
32. <i>Quando proibir? Os problemas substanciais do direito penal</i>	421
1. Proibição penal e reprovação moral. Uma ética da legislação	421
2. Relativismo ético e relativismo jurídico. A impossível garantia de um direito penal absolutamente justo e válido	423
3. As garantias penais ou substanciais e os elementos constitutivos do delito: resultado, ação, culpabilidade	425
33. <i>Os princípios da necessidade e da lesividade. Os bens jurídicos</i>	426
1. Economia do direito penal e lesividade do resultado. O direito penal como instrumento de tutela	426
2. A parábola involutiva da doutrina do bem jurídico: da tutela de direitos subjetivos à tutela do Estado	429
3. Para uma análise metateórica do problema do bem jurídico.....	431
4. O problema político ou externo do bem jurídico.....	433
5. O bem jurídico entre normatividade constitucional, normatividade legal e efetividade do direito penal	435
6. Bens jurídicos fundamentais e proibições mínimas necessárias.....	437
34. <i>O princípio da materialidade da ação</i>	440
1. Exterioridade da ação e utilitarismo penal. O nexo causal entre ação e resultado	440
2. Exterioridade da ação e separação entre direito e moral. A soberania da consciência	441
3. Exterioridade da ação e estrita legalidade penal. Certeza penal e prova ..	443
4. A evolução histórica da teoria da ação e as múltiplas vias do substancialismo moderno: naturalismo e idealismo	444
35. <i>O princípio da culpabilidade. A exigibilidade</i>	447
1. Os modelos arcaicos de responsabilidade objetiva e as vicissitudes do princípio da culpabilidade	447
2. Causalidade, imputabilidade, intencionalidade. Culpabilidade e responsabilidade	449
3. Os fundamentos externos da garantia da culpabilidade.....	451
4. Poderia ter agido de outro modo? O dilema metafísico entre determinismo e livre-arbítrio	452
5. A dissolução do princípio da culpabilidade nos delineamentos objetivistas e nos subjetivistas. Duas aporias.....	454

6. A culpabilidade como elemento normativo do fato. Exigibilidade e inexistência	458
36. <i>Como proibir? Regulatividade e taxatividade das normas penais</i>	461
1. Normas penais regulativas e normas penais constitutivas	461
2. A proibição de leis penais constitutivas. Dignidade da pessoa e igualdade penal	463
3. O paradigma constitutivo nos ordenamentos modernos. Reincidentes, suspeitos, perigosos e reabilitados	465
IX. O JUÍZO. QUANDO E COMO JULGAR	494
37. <i>Garantismo processual e valores da jurisdição</i>	494
1. Garantias processuais e garantias penais. Legalidade e submissão à jurisdição	494
2. Submissão à jurisdição lata e submissão à jurisdição estrita. As garantias orgânicas e as garantias procedimentais	496
3. Valor de verdade, validade jurídica e legitimidade política nos pronunciamentos judiciais	499
4. Verdade e liberdade como valores da jurisdição e fundamentos axiológicos da divisão dos poderes	501
5. A margem irredutível de ilegitimidade política da função judiciária	503
38. <i>Presunção de inocência e garantia de liberdade do imputado</i>	505
1. Princípio de submissão à jurisdição e presunção de inocência	505
2. Fatos históricos e aporias teóricas da prisão preventiva	507
3. A ilegitimidade do encarceramento preventivo e a liberdade do imputado	511
4. Um processo sem prisão preventiva	515
39. <i>Quando julgar. O princípio acusatório</i>	517
1. A não derrogação do juízo. A ilusão panjudicialista e a inflação do processo penal	517
2. Processo acusatório e processo inquisitório. Modelos teóricos e tradições históricas	518
3. A separação entre juiz e acusação. Publicidade e obrigatoriedade da ação penal. O Ministério Público	522
4. Proceder de ofício e condições de proceder	525
40. <i>Qual juiz? As garantias orgânicas</i>	529
1. Modelos de juiz e modelos de processo. Juizes cidadãos e juizes magistrados	529
2. Os caracteres que distinguem a jurisdição e a imparcialidade do juiz. Subjeição à lei e contrapoder	532
3. A equidistância do juiz e a forma trigonal da relação processual. A possibilidade de recusa dos juizes. O defensor público	535

4.	A independência externa e interna. A separação dos poderes e o nascimento da figura do juiz moderno	538
5.	O juiz natural e a proibição de juízes extraordinários. Pré-constituição e impossibilidade de derrogação das competências.....	543
6.	Modelos de responsabilidade judiciária e modelos de juiz: juízes eleitos, profissionais, concursados. A responsabilidade política.....	546
7.	A responsabilidade jurídica dos juízes: penal, civil e disciplinar	550
8.	A responsabilidade social dos juízes e o controle popular sobre a justiça	554
41.	<i>Como julgar? As garantias procedimentais</i>	556
1.	O processo como garantia de verdade e de liberdade. Cognição ou inquisição.....	556
2.	A contestação da acusação e o interrogatório do imputado	558
3.	O ônus acusatório da prova. Fontes e meios de prova	561
4.	O direito de defesa e o contraditório	564
5.	A publicidade e a oralidade. A publicidade parcial e a oralidade parcial do processo de duas fases.....	567
6.	O rito e o método legal de formação das provas.....	572
7.	A motivação. Verdade e validade no processo	573

QUARTA PARTE

FENOMENOLOGIA.

A INEFICÁCIA DAS GARANTIAS NO DIREITO PENAL ITALIANO

X.	O SUBSISTEMA PENAL ORDINÁRIO	641
42.	<i>Normatividade e eficácia no sistema penal italiano</i>	641
1.	A estrutura garantista do ordenamento constitucional italiano. As carências da Constituição de 1948.....	641
2.	A diferenciação entre princípios e práticas. As três diferenciações do sistema penal italiano: os três subsistemas penais.....	644
3.	A crise da forma legal e judiciária do direito penal	646
43.	<i>O crime. Princípios normativos e aspectos efetivos</i>	649
1.	A noção legal de crime no direito italiano	649
2.	As garantias substanciais e os elementos constitutivos do crime	650
3.	As lesões legais das garantias relativas ao elemento objetivo	652
4.	As lesões legais às garantias relativas ao elemento subjetivo.....	657
5.	Para uma nova codificação, não encarceramento pelos delitos e pela despenalização das contravenções.....	658
44.	<i>A pena. Princípios normativos e delineamentos efetivos</i>	662
1.	A noção legal de pena no direito italiano. As garantias de retribuição, estrita legalidade e estrita submissão à jurisdição	662

2. Medidas <i>extra delictum</i> e <i>extra iudicium</i> restritivas da liberdade. Os tratamentos diferenciados na reforma penitenciária.....	664
3. A pena incerta e desigual. Os cárceres especiais e o labirinto premiador	666
4. Penas segundo os tipos de preso, de autor e de acusado. As sanções substitutivas e os acordos.....	670
5. As lesões ao princípio de submissão das penas à jurisdição: as penas sem processo.....	672
6. O processo como pena. Imputação penal e rotulação social	674
45. <i>O processo penal: princípios normativos e perfis de efetividade</i>	675
1. A noção legal do processo penal no direito italiano. O modelo constitucional	675
2. O novo Código do Processo Penal e o sistema acusatório	677
3. As lesões legais do modelo constitucional do processo penal. O legado da emergência	680
4. Os procedimentos especiais sumários. Juízos diretíssimos, imediatos e por decreto.....	687
5. Os procedimentos especiais diferenciados: transação sobre a pena e transação sobre o rito. Ritos alternativos ou alternativas ao processo?	689
6. A mudança de paradigma do sistema penal.....	692
XI. O SUBSISTEMA PENAL DE POLÍCIA	704
46. <i>Os binários múltiplos da defesa social</i>	704
1. O monopólio penal da violência e a sua inefetividade	704
2. A polícia e as suas funções.....	707
3. Tipologia das medidas de polícia. A periculosidade e o suspeito	709
47. <i>A custódia cautelar</i>	711
1. Crise da jurisdição e cárcere preventivo	711
2. O desenvolvimento do encarceramento preventivo na Itália. O labirinto legislativo.....	712
3. Usos e abusos judiciais do cárcere preventivo. A pena antecipada e a coerção inquisitória	715
48. <i>As medidas de segurança</i>	717
1. O “duplo binário” punitivo do Código Rocco	717
2. A natureza administrativa das medidas de segurança. As lesões ao princípio de retribuição.....	719
3. As lesões ao princípio da estrita legalidade	720
4. A lesão ao princípio da estrita submissão à jurisdição	723
49. <i>As medidas de prevenção</i>	724
1. “Classes perigosas” e “pessoas perigosas”. A prevenção de polícia na legislação oitocentista e durante o fascismo	724

2. A legislação com relação a pessoas perigosas na Itália republicana. As medidas de prevenção contra os menores	725
3. Sujeitos perigosos e pessoas suspeitas	727
50. <i>As medidas cautelares de polícia judiciária</i>	729
1. O direito processual de polícia	729
2. Os poderes de prisão da polícia judiciária	730
3. Os poderes instrutórios da polícia no processo ordinário	732
51. <i>As medidas de ordem pública</i>	735
1. A ordem pública	735
2. Medidas ordinárias de administração policialesca	735
3. Medidas de exceção, o estado de assédio e os vários estados de perigo	737
XII. O SUBSISTEMA PENAL DE EXCEÇÃO	746
52. <i>Emergência penal, razão de Estado e Estado de direito</i>	746
1. Emergência e estado de exceção. A exceção e a regra	746
2. O delito político. Duas tradições: razão de Estado e direito de resistência	748
3. A incompatibilidade entre Estado de direito e direito penal de exceção	751
53. <i>As três fases da emergência penal</i>	754
1. A primeira fase: o direito especial de polícia	754
2. A segunda fase: o direito penal político especial	756
3. A terceira fase: o direito penal diferenciado	757
54. <i>Lineamentos do direito penal especial ou de exceção</i>	758
1. A mutação substancial do modelo de legalidade penal	758
2. O gigantismo processual e os maxiprocessos	760
3. A deformação policial da jurisdição de emergência	762
4. O futuro da jurisdição penal	763
55. <i>Meios e fins penais: depois da emergência</i>	765
1. Se o fim justifica os meios. Estado de necessidade e Estado de direito ...	765
2. Perspectivas de reforma da legislação	769
3. Dois pontos de vista para uma deontologia da jurisdição	771

QUINTA PARTE

PARA UMA TEORIA GERAL
DO GARANTISMO

XIII. O QUE É GARANTISMO	785
56. <i>Três significados de "garantismo"</i>	785

1. O Estado de direito: níveis de norma e níveis de perda da legitimação...	785
2. Teoria do direito e crítica do direito	786
3. Filosofia do direito e crítica da política	787
4. Uma teoria do garantismo	788
57. A) <i>Um modelo de direito. Estado de direito e democracia</i>	789
1. O Estado de direito: governo <i>per leges</i> e governo <i>sub lege</i> . Legitimação formal e legitimação substancial.....	789
2. Democracia e Estado de direito: “quem” pode e “como” se deve decidir; “o que” se deve e “o que não” se deve decidir.....	791
3. Os direitos fundamentais: liberdade e expectativas. Estado de direito liberal e Estado de direito social	793
4. Democracia formal e democracia substancial. O garantismo como base da democracia substancial	797
5. A aporia da irredutível ilegitimidade jurídica dos poderes públicos no Estado de direito	799
58. B) <i>Uma teoria do direito. O direito ilegítimo</i>	800
1. Garantismo e positivismo jurídico	800
2. Juspositivismo dogmático e juspositivismo crítico. A crítica jurídica do direito vigente inválido.....	803
3. Dois dogmas do juspositivismo dogmático: a obrigação de o juiz aplicar a lei e a possibilidade de valoração da ciência jurídica.....	805
4. Juízos sobre vigor e juízos sobre validade. Duas aporias teóricas: a possibilidade de valoração e a discricionariedade dos juízos de validade	806
5. Antinomias e lacunas irredutíveis. A crítica do direito inválido como tarefa do juiz e do jurista	808
59. C) <i>Uma filosofia da política. O Estado-instrumento</i>	811
1. Estado-instrumento e Estado-fim: utilitarismo ou política ética.....	811
2. O garantismo como doutrina da fundação externa do Estado sobre os direitos vitais dos cidadãos	814
3. Uma aporia política: a irredutível ilegitimidade política do poder no Estado de direito. As ideologias de legitimação	817
4. Liberalismo real e socialismo real.....	820
XIV. O PONTO DE VISTA EXTERNO	833
60. <i>Garantismo, igualdade e tutela dos direitos fundamentais</i>	833
1. Valor da pessoa, tolerância, igualdade e direitos fundamentais.....	833
2. Direitos fundamentais e igualdade. Poderes e desigualdades.....	836
3. Construção e crise do conceito de direito subjetivo no juspositivismo do século XIX	839
4. Direitos fundamentais e garantias	842
5. Legitimação formal e legitimação substancial	845

61. <i>Garantismo, desobediência, resistência</i>	847
1. Sobre a obrigação jurídica e sobre a obrigação política de obedecer às leis.....	847
2. “A que obriga” a obrigação política de obedecer às leis. Aporias lógicas e aporias políticas	848
3. “Quem é obrigado” a obedecer às leis. O ponto de vista interno dos juízes e o externo dos juristas.....	851
4. A incompatibilidade entre Estado de direito e obrigação moral dos cidadãos de obedecer às leis. Desobediência civil e resistência.....	853
62. <i>Os direitos contra os poderes</i>	857
1. Estado de direito e poder mínimo. Micro e macropoderes ilegais ou extralegais.....	857
2. Micropoderes selvagens. As desigualdades substanciais	858
3. Macropoderes selvagens. Os “lobos artificiais” e a criminalidade dos Estados.....	861
63. <i>Garantismo e transformação social</i>	865
1. Falácia política e falácia garantista	865
2. Garantias políticas e garantias sociais. A luta pelos direitos	867
3. Garantismo, mudança jurídica e democracia direta	871